Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2015–2016

34 455

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet op de economische delicten en het Wetboek van strafvordering in verband met de implementatie van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) (Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik)

Nr. 5

BRIEF VAN DE MINISTER VAN FINANCIËN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 13 mei 2016

Op 31 juli 2009 is het boetesysteem van de Wet op het financieel toezicht (Wft) veranderd.[1] Een aantal wijzigingen in het boetesysteem is doorgevoerd om boetes afschrikwekkender en proportioneler te maken.

Met deze brief informeer ik uw Kamer over praktijkervaringen met deze wijzigingen en voldoe ik aan de toezegging om een aantal aspecten van de wetgeving te evalueren. Specifiek richt ik mij op de ervaringen met de volgende wijzigingen:

1) de verhoging van het boetemaximum,
2) de invoering van een flexibel boetestelsel, en
3) de invoering van de mogelijkheid om een boete op te leggen ter hoogte van het verkregen voordeel.

Ik maak daarbij gebruik van informatie over de boetes die op grond van het gewijzigde stelsel zijn opgelegd (aantallen en hoogte), de visie van de AFM en DNB zoals die in een gesprek met betrokkenen naar voren is gekomen en relevante rechtspraak en literatuur.

[1] Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (Stb. 2009, nr. 327).

kst-34455-5
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

Nieuwe herziening

Ik heb uw Kamer recent een nieuwe herziening van het boetestelsel toegezonden.[2] De hoogte van de boetes die de financiële toezichthouders op grond van Europese wetgeving kunnen opleggen bij overtreding van wetgeving op het gebied van de financiële markten is – sinds de wijzigingen in 2009 – steeds meer geharmoniseerd.[3] Verschillende Europese richtlijnen en verordeningen nopen – bij wijze van implementatie – tot een stelselherziening op nationaal niveau.[4] Deze ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat ik in het wetsvoorstel ter implementatie van de Verordening[5] en Richtlijn[6] marktmisbruik een voorstel doe voor een herziening van het boetestelsel. Dit wetsvoorstel is in april 2016 naar uw Kamer gezonden en houdt onder andere het volgende in:

- De maximumboete voor categorie 3 wordt verhoogd van € 4 miljoen naar € 5 miljoen.
- Voor grote ondernemingen wordt een omzetgerelateerde maximumboete ingevoerd: voor overtredingen van categorie 3 zal de maximumboete voor die ondernemingen 10% van de netto-omzet bedragen in plaats van € 5 miljoen.
- Hoewel met de maximumboete van € 5 miljoen of 10% van de omzet uitvoering kan worden gegeven aan de Europese wetgeving, eisen enkele richtlijnen en verordeningen hogere maxima. Daarom voorziet het wetsvoorstel tevens in de mogelijkheid om voornoemde maxima te verhogen naar maximaal € 20 miljoen of 15% van de omzet.
- De mogelijkheden worden verruimd om een boete op te leggen die afhankelijk is van het voordeel dat met een overtreding is behaald. Voorgesteld wordt om dit ook mogelijk te maken bij een voordeel van minder dan € 2 miljoen, waarbij de boete maximaal driemaal in plaats van tweemaal het behaalde voordeel kan bedragen.

Hiermee wordt een toekomstbestendig en uniform boetestelsel beoogd.

---

[2] Kamerstuk 34 455, nr. 2.

[3] Zie ook: *Mededeling van de commissie aan het Europees parlement, De Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het comité van de Regio's, Het versterken van sanctieregelingen in de financiële sector*, COM (2010) 716.

[4] Zie bijvoorbeeld:
– artikel 62, tweede lid, onderdeel c, d en e, van de richtlijn kapitaalvereisten (Richtlijn 2013/36/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L176);
– artikel 111, tweede lid, onderdeel d, e en f van de richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen (Richtlijn nr. 2014/59/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173);
– artikel 70, zesde lid, onderdeel F, g en h van de richtlijn markten voor financiële instrumenten II (Richtlijn 2014/65/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (PbEU 2014, L 173);
– artikel 30, tweede lid, onderdeel h, i en j van de verordening marktmisbruik (Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (PbEU 2014, L 173).

[5] Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173).

[6] Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173).

Met deze herziening geef ik uitvoering aan Europese regelgeving inzake boetes op het gebied van het financieel recht. Derhalve heb ik gekozen voor een beperkte evaluatie van de herziening in 2009. Dit verschaft bruikbaar inzicht in de wijze waarop het boetesysteem in de praktijk wordt gebruikt.

Ik merk hierover nog het volgende op. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in juli 2015 «ongevraagd advies» aan de regering gegeven over de keuze voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving (het zgn. «duaal sanctiestelsel»). De Afdeling concludeert dat de bestaande criteria die op grond van het huidige kabinetsbeleid de keuze voor het straf- of bestuursrecht zouden moeten bepalen daarvoor niet geschikt zijn. Op dit advies wordt momenteel een kabinetsreactie voorbereid. De financiële toezichthouders handhaven bestuursrechtelijk. Het is mogelijk dat de kabinetsreactie hiervoor gevolgen heeft. In afwachting van die reactie is derhalve bij onderhavige inventarisatie geen evaluatie van alle handhavingsmogelijkheden betrokken.

Uitkomsten

De uitkomsten van deze inventarisatie ontvangt u bij deze brief. De belangrijkste conclusies zijn als volgt:
– De toezichthouders maken gebruik van hun bevoegdheid om hogere boetes op te leggen dan voorheen. Ook stemmen zij de boetes meer af op de omstandigheden van het geval en leggen zij in enkele gevallen een boete op die is gerelateerd aan de hoogte van het voordeel dat met de overtreding is behaald.
– De wijze waarop de toezichthouders de boetesystematiek toepassen houdt over het algemeen ook in gerechtelijke procedures stand.
– De toezichthouders waarderen de mogelijkheden die de flexibele systematiek biedt.
– De systematiek ondersteunt het handhavingsbeleid van de toezichthouders.

Al met al is mijn indruk dan ook dat het systeem zoals dat in 2009 is ingevoerd de toezichthouders beter in staat heeft gesteld om afschrikwekkende en proportionele boetes op te leggen. Dit is in lijn met het doel van de wijzigingen. Het wetsvoorstel tot implementatie van de verordening en richtlijn marktmisbruik zal daar verder aan bijdragen.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

Inventarisatie ervaringen boetestelsel 2009–2015

Op 1 augustus 2009 is het boetesysteem van de Wet op het financieel toezicht (Wft) veranderd.[7] De praktijkervaringen met deze boetewetgeving zijn geïnventariseerd. De resultaten vindt u hier. Na een korte weergave van de belangrijkste wijzigingen van het boetestelsel en de achtergrond hiervan worden de ervaringen van de financiële toezichthouders met de wijzigingen besproken.

1. Wijzigingen boetewetgeving

Boetesysteem tot 1 augustus 2009

De belangrijkste kenmerken van het boetesysteem tot 1 augustus 2009 waren:

a. een wettelijk maximumboetebedrag van € 900.000;
b. een indeling van overtredingen in vijf boetecategorieën in het Besluit boetes Wft[8];
c. per categorie een boetebedrag; van € 600,– voor categorie 1 tot € 96.000,– voor categorie 5;
d. een vermenigvuldiging van die bedragen met een factor 1 tot 5 afhankelijk van de draagkracht van de overtreder. De toepasselijke factor werd bepaald aan de hand van een maatstaf per type onderneming.

Door deze systematiek kon een boete van maximaal € 480.000,– (vijf maal € 96.000,–) worden opgelegd in plaats van het wettelijk maximumbedrag van € 900.000,–. De hoogte van de boete werd daarbij alleen gebaseerd op de overtreden norm en de omvang van de onderneming, zonder dat rekening kon worden gehouden met andere omstandigheden zoals recidive of een verhoogde mate van verwijtbaarheid van de overtreder.

Wijzigingen per 1 augustus 2009

Met de inwerkingtreding van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (de zogeheten Boetewet) zijn per 1 augustus 2009 de onderstaande wijzigingen doorgevoerd.

a. Verhoging boetemaximum
   Het aantal boetecategorieën is teruggebracht van 5 naar 3 en per categorie is een nieuw maximumbedrag vastgesteld:
   – categorie 1: € 10.000,–
   – categorie 2: € 1 miljoen
   – categorie 3: € 4 miljoen.
b. Invoering flexibel boetestelsel
   – Voor lichte overtredingen in categorie 1 geldt als uitgangspunt een vast bedrag van € 10.000,–. Hierdoor blijft het voordeel van eenvoud en efficiëntie behouden.
   – Voor zwaardere overtredingen in categorie 2 en 3 bedraagt het basisbedrag de helft van het maximumbedrag.
   – Bij het vaststellen van de boete van categorie 2 of 3 nemen de toezichthouders op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector[9] het basisbedrag tot uitgangspunt.

---

[7] Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (Stb. 2009, 327); Kamerstukken 31 458.
[8] Stb 2006, 517.
[9] Stb 2009, 329.

- Dit bedrag wordt vervolgens verhoogd of verlaagd (in beide gevallen met maximaal 50%) in verband met de ernst en de duur van de overtreding of de mate van verwijtbaarheid.[10]
- Als sprake is van recidive wordt het boetebedrag verdubbeld.
- Voor alle boetes geldt dat het boetebedrag (tot slot) kan worden gematigd (tot € 0,–) op grond van evenredigheid of beperkte draagkracht.

c. Invoering voordeelgerelateerde boete
Als alternatief voor de berekening van de boete op grond van de categorie-indeling, is met de Boetewet de mogelijkheid geïntroduceerd een boete op te leggen ter hoogte van of gerelateerd aan het voordeel dat met de overtreding is behaald (hierna: voordeelgerelateerde boete). In de wet is voor deze boete alleen het maximumbedrag vastgelegd. Dat bedraagt tweemaal het verkregen voordeel. De bevoegdheid kan alleen worden gebruikt als het voordeel meer is dan € 2 miljoen.

Achtergrond wijzigingen

De belangrijkste reden voor de wijzigingen was dat de boetes die tot 2009 konden worden opgelegd als onvoldoende afschrikwekkend werden gezien. Zeker voor grote ondernemingen zouden de boetes te laag zijn om hen van overtreding te weerhouden. Ook zouden ze niet in verhouding staan tot het te behalen voordeel. Om de boetes afschrikwekkender te maken is het maximumbedrag verhoogd. Daarbij is uitgegaan van «high trust»: uitgangspunt is vertrouwen in de integriteit van de sector, maar wanneer dit vertrouwen wordt geschaad wacht een aanzienlijke sanctie.

Een andere reden voor de herziening in 2009 was dat het systeem de toezichthouders onvoldoende mogelijkheid bood om rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding was begaan: het systeem werd als te star ervaren. De verwachting was dat met de introductie van een flexibeler boetestelsel proportionelere boetes kunnen worden opgelegd.

Bij de Kamerbehandeling zijn zorgen geuit over de voorgestelde verhogingen, en is de vraag gesteld of deze wel voldoende afschrikwekkend effect zouden hebben. Ook is gesproken over de mogelijkheid van introductie van minimumboetes. Van de voordeelgerelateerde boete was de verwachting dat deze bijdraagt aan de afschrikwekkende werking. Kanttekening daarbij was dat het voordeel mogelijk moeilijk is vast te stellen, waardoor de bevoegdheid om het voordeel als boetebasis te gebruiken wellicht onbenut blijft, de handhavingskosten oplopen, of het vaststellen van het voordeel het proces van het opleggen van de boete teveel vertraagt.

Wijzigingen na 1 augustus 2009

Om te voldoen aan Europese regelgeving is het boetesysteem na 1 augustus 2009 nog een aantal keer gewijzigd. Daarbij is voor bepaalde categorieën ondernemingen en overtredingen een hoger boetemaximum (in absolute zin of ter hoogte van een bepaald omzetpercentage) vastgesteld.[11]

---

[10] Als extra tussenstap past de AFM het bedrag vervolgens aan de omvang van de onderneming of de omvang van het vermogen van de natuurlijke persoon aan.
[11] Zie artikel 1:81, derde tot en met zesde lid.

2. Ervaringen met verhoogde boetemaxima

Opgelegde boetes en boetehoogtes[12]

Sinds de gewijzigde boetesystematiek heeft DNB tot en met maart 2016 in totaal 61 boetes in categorie 2 en 3 opgelegd. Hiervan zijn zestien boetes opgelegd van € 100.000 of meer, en is één boete opgelegd van boven één miljoen, namelijk van € 22.680.000,–. Het totaalbedrag aan opgelegde boetes is € 28.323.552,–, en het gemiddelde boetebedrag is € 464.320,–.

De AFM heeft onder het nieuwe stelsel (tot en met maart 2016) in totaal 75 boetes opgelegd. Daarvan komen 42 opgelegde boetes uit op of boven € 100.000, en negen op of boven één miljoen. Het hoogst opgelegde boetebedrag is € 3.000.000,–. Bij de AFM is het totaalbedrag aan opgelegde boetes € 28.137.603,56, en komt het gemiddelde boetebedrag neer op € 375.168,05.

Het algemene beeld is dat de toezichthouders sinds de inwerkingtreding van de huidige boetesystematiek hogere boetes opleggen dan voorheen.[13]

Ervaringen toezichthouders met verhoogde boetemaxima

De ervaringen van de AFM en DNB met de wijzigingen in de boetesystematiek in de praktijk zijn geïnventariseerd tijdens een bijeenkomst met medewerkers die betrokken zijn bij het beleid of bij de uitvoering van boetes.[14] Over de verhoogde boetemaxima kwam daarbij het volgende aan de orde.

De AFM vond de nieuwe maxima aanvankelijk hoog in vergelijking met de boetes die voorheen werden opgelegd. Inmiddels vindt men de hoogtes van de boetes passen bij de specifieke situaties. De toezichthouders ervaren een basisbedrag als startpunt als positief. Dit voorkomt ook dat de boetes van de AFM en DNB teveel uiteenlopen.

De door de AFM opgelegde boetes blijven in stand bij de rechter. Dat sterkt de gedachte dat de AFM de boetesystematiek op de juiste wijze toepast. Boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevenden worden door de rechter nog wel eens gematigd. DNB heeft soortgelijke ervaringen.

De huidige boetemaxima – in combinatie met de mogelijkheid van de voordeelgerelateerde boete – worden door beide toezichthouders als positief en effectief ervaren. Dit geldt ook voor de nieuwe bevoegdheid tot het opleggen van een omzetgerelateerde boete.[15] Deze biedt mogelijkheden om boetes op te leggen die passen bij grote ondernemingen of bij ernstige overtredingen. Waar nodig zal deze bevoegdheid in de toekomst door de toezichthouders worden ingezet.

---

[12] In de hierna gepresenteerde gegevens gaat het om de meest recente boetehoogtes en totaalcijfers: boetes die in bezwaar of beroep zijn gematigd, zijn in hoogte overeenkomstig aangepast en boetes die in bezwaar zijn vernietigd, zijn uit het totaal weggelaten.

[13] Tot dezelfde conclusie komt ook A.G. Mein in zijn proefschrift op basis van cijfers tot en met 2012 (A. Mein, «*De boete uit balans: Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*», Boom juridische uitgevers: 2015, p. 212 (AFM) en p. 277 (DNB).

[14] Het ging om medewerkers met de volgende functies:
– DNB: een toezichthouder van de afdeling Thematisch toezicht en Integriteit, betrokken bij het opstellen van rapporten naar aanleiding van overtredingen, een medewerker van de afdeling Interventie en handhaving, en een medewerker van het boeteteam.
– AFM: een medewerker van het boeteteam en een medewerker van de afdeling Strategie, beleid en Internationale zaken die zich bezighoudt met het handhavingsbeleid.

[15] Deze bevoegdheid vloeit voort uit Europese regelgeving.

Zowel DNB als de AFM geeft aan dat zij in vergelijking met de situatie vóór 2009 meer en hogere boetes oplegt. Zij zien een verband met beleidswijzigingen over het opleggen van boetes – die deels een gevolg zijn van het sentiment, ontstaan sinds de financiële crisis – dat toezichthouders steviger dienen op te treden tegen misstanden in de financiële sector. In vergelijking met de situatie vóór 2009 hanteert DNB meer formele bevoegdheden en legt vaker dan voorheen boetes op. Zo zette DNB de boetebevoegdheid vóór 2009 vooral in ter bestrijding van illegale partijen en werden af en toe boetes opgelegd aan vergunninghouders. Inmiddels worden vaker boetes opgelegd. Wat de AFM betreft hangen de aantallen opgelegde boetes en de hoogtes daarvan vooral samen met de prioriteiten in het toezicht en handhavingsbeleid. Zo zijn in 2009 en 2010 veel relatief lage boetes opgelegd door een sterke focus in het toezicht op adviesregels voor financiële dienstverleners en op kredietverstrekkingsregels voor aanbieders.[16] De laatste jaren richt de AFM zich echter meer op het bestraffen van zwaardere overtredingen. Derhalve worden hogere boetes opgelegd.[17]

Rechtspraak en literatuur

Het algemene beeld van de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) over de boetes die de AFM en DNB op grond van het nieuwe stelsel hebben opgelegd, is dat de boetehoogte in stand blijft. Er is slechts een aantal uitspraken, voornamelijk uit 2015, waarin de rechter de opgelegde boete matigt.

De redenen voor matiging zijn divers. In sommige gevallen[18] wordt gematigd vanwege de geringe draagkracht (of verslechterde draagkracht sinds boeteoplegging) van de overtreder.[19] In andere gevallen is gematigd vanwege geringere ernst of verwijtbaarheid,[20] op grond van evenredigheid[21] of om procestechnische redenen.[22] Ook de omvang van de matiging verschilt en loopt uiteen van 0,5%[23] tot 90%[24] van de door de toezichthouder opgelegde boete.

In de literatuur wordt door verschillende auteurs geconstateerd dat de AFM en DNB sinds de inwerkingtreding van het nieuwe boetesysteem hogere boetes opleggen.[25]

---

[16] A. Mein, «*De boete uit balans: het gebruik van de bestuurlijke boete in het financiële toezicht»*, Boom juridische uitgevers:2015, p. 149, 232, 359–365.

[17] Zie over de inzet van boetes (en andere formele maatregelen) ook het AFM jaarverslag 2014, p. 37–38.

[18] CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, Rechtbank Rotterdam, 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298.

[19] Veelal veroorzaakt door een gewijzigde situatie in combinatie met de regel om op dit punt een ex nunc toetsing te hanteren.

[20] Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454, Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231, CBb 20 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:49.

[21] Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231.

[22] Rechtbank Rotterdam, 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635, Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454.

[23] Rechtbank Rotterdam, 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635.

[24] Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454.

[25] Zie A.G. Mein, *«De boete uit balans: Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht»*, Boom juridische uitgevers: 2015 (p. 212, 277), A.G. Mein, «Van licht naar zwaar, de evolutie van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht», *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming,* Nr. 5/6 december 2015, p. 257–262 en C.A. Doets, «Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding», *Tijdschrift voor sanctierecht&Onderneming,* Nr. 5/6 december 2015, p. 249–256. Met name door Mein wordt gewezen op het belang van motivering en rechtsbescherming bij hoge boetes en wordt aanbevolen deze aspecten te verbeteren. De voornaamste aanbevelingen zien op het motiveren en de rechterlijke beoordeling van de beslissing tot het opleggen van de boete; dit valt buiten de reikwijdte van de onderhavige inventarisatie.

Conclusie en interpretatie

Sinds het verhogen van de boetemaxima maken DNB en de AFM daadwerkelijk gebruik van hun bevoegdheid om hogere boetes op te leggen dan voorheen. De wettelijke maxima worden niet vaak opgelegd. De meeste boetes zijn uiteindelijk lager dan het basisbedrag voor de betreffende categorie, meestal beperkt door evenredigheid of door de beperkte omvang van de onderneming, of de beperkte draagkracht van de overtreder of feitelijk leidinggevende. Een beperking door verminderde ernst, duur of verwijtbaarheid komt ook voor, maar minder vaak.

Uit de gesprekken met de toezichthouders volgt dat zij de mogelijkheid waarderen om hogere boetes op te kunnen leggen dan voorheen. Voor de afschrikwekkende werking en voor het evenredig kunnen straffen is het een verbetering om naar hogere boetes uit te kunnen wijken.

De hoogte van de boete houdt in rechte in de meeste gevallen stand. In een enkel geval gaat de rechtbank of het CBb over tot matiging. De redenen daarvoor zijn divers.

Een nuance die beide toezichthouders aanbrengen, is dat het opleggen van hoge boetes niet alleen een effect is van de wijziging van de systematiek in de boetewetgeving, maar ook van gewijzigd beleid als gevolg van de financiële crisis. Toch lijkt ook de gewijzigde systematiek op zich te leiden tot hogere boetes; het vertrekpunt is in ieder geval dat met hogere basisbedragen (vanwege hogere maximumbedragen) wordt gewerkt dan onder het oude boeteregime.

De wijzigingen van de boetehoogte dienen hun doel, omdat zij mogelijk maken dat de toezichthouders in staat worden gesteld om hogere en afschrikwekkende boetes op te leggen aan draagkrachtige overtreders.

3. Ervaringen met flexibel boetestelsel

Opgelegde boetes

Uit de aangeleverde overzichten blijkt dat de boetes die worden opgelegd voor overtredingen in eenzelfde categorie in hoogte zeer verschillen. Dit betekent dat de toezichthouders het flexibele stelsel benutten om de boete per casus af te stemmen op de omstandigheden van het geval.
In de boetebesluiten wordt toegelicht hoe die omstandigheden worden meegewogen. In het kader van de ernst en de duur van de overtreding worden verschillende verzwarende of verlichtende omstandigheden meegenomen, waaronder de hoogte van het behaalde voordeel en de nadelige gevolgen voor de consumenten. Zo is voorgekomen dat het basisbedrag van de boete aan een bank met 25% is verhoogd, toen bleek dat die bank de gegevens over een zeer omvangrijke beleggingsportefeuille van een cliënt die een groot maatschappelijk belang vertegenwoordigt, onvoldoende had bijgehouden.[26] Eenzelfde verhoging is opgelegd aan een illegale aanbieder van flitskrediet die een groot aantal overtredingen had begaan. Door de aandacht in de media en de politiek schaadde de overtreding het vertrouwen in de financiële markt voor kredietverstrekking; ook leidde de overtreding tot oneerlijke concurrentie

[26] Boete AFM – ABN AMRO Bank, 28 juli 2015 www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2014/nov/boete-abn-amro.

omdat geen toezichtkosten werden betaald terwijl dit wel had gemoeten.[27]

In het kader van de verwijtbaarheid is meegewogen in hoeverre er een intentie bestond om een overtreding te plegen, wat het beleid van de overtreder ter zake was en of de overtreding makkelijk te voorkomen was geweest. Zo heeft DNB bijvoorbeeld het basisbedrag aan een grote en professionele marktpartij verhoogd met 25%, omdat van zo'n partij mag worden verwacht dat er interne controlemechanismen bestaan die leiden tot het vroegtijdig beëindigen van overtredingen. Bovendien had de partij het belang van het voorkomen van overtredingen moeten inzien, gezien de contacten die hadden plaatsgevonden met DNB.[28] Een tweede voorbeeld van eenzelfde verhoging betreft opnieuw een illegale aanbieder van flitskrediet. In deze casus had de overtreder een constructie opgetuigd waarmee wet- en regelgeving werd omzeild. Ondanks duidelijke signalen van de AFM werd de overtreding aanvankelijk voortgezet. Pas na het voornemen tot het opleggen van een dwangsom stopte het gedrag.[29]

Tot slot vond een verlaging van het basisbedrag wegens verminderde verwijtbaarheid bijvoorbeeld plaats bij een boete voor het te laat melden van bepaalde transacties. Vanwege de intentie van de overtreder om transparant te zijn over het kapitaalbelang en bijbehorende stemverhoudingen, en om het feit dat eerdere inkoopprogramma's van de overtreder wel tijdig waren gemeld, verlaagde de AFM het basisbedrag met 25%.[30]

Ervaringen toezichthouders met flexibel boetestelsel

De ervaringen van de toezichthouders met het flexibele systeem zijn overwegend positief. Hoewel het vorige systeem vooraf meer zekerheid bood over de hoogte van de boete, heeft dit systeem de voorkeur van de toezichthouders omdat het bijdraagt aan proportionele en goed uitlegbare boetes.

De toezichthouders benadrukken dat het systeem hen in staat stelt om goed gemotiveerd tot een boetehoogte te komen die is afgestemd op de omstandigheden van de individuele overtreding. Het systeem met een basisbedrag dat stapsgewijs wordt verhoogd of verlaagd dwingt tot motivering van elke stap en leidt daardoor tot inzichtelijke besluiten.

De ruime bandbreedte binnen de categorieën leidt ertoe dat boetes voor verschillende overtredingen binnen een categorie of zelfs voor dezelfde overtreding in hoogte zeer kunnen verschillen. Dit blijkt echter met de bestaande systematiek goed uit te leggen, zodat geen strijd ontstaat met het gelijkheidsbeginsel. Het bestaan van een basisbedrag, dat enige houvast biedt, helpt daar ook bij. Verder hanteren zowel DNB als de AFM interne richtlijnen en afwegingskaders om te voorkomen dat boetes in vergelijkbare situaties te veel verschillen.

---

[27] Boete AFM – dhr. E.J. Meter, 30 december 2014. Boete uiteindelijk gematigd vanwege de draagkracht. Overtreder is na een ongegrond verklaard bezwaar op 25 augustus 2015 in beroep gegaan. www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/jan/boete-leidinggevende-inpetto.

[28] DNB – Royal Bank of Scotland N.V., 20 oktober 2014. Boete gematigd vanwege proportionaliteit en directe melding aan DNB bij ontdekking www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2015/dnb320454.jsp.

[29] Supra noot 21.

[30] Boete AFM – mevrouw C.L. de Carvalho – Heineken, 3 oktober 2014. https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2014/okt/boete-de-carvalho-heineken.

Als onderdeel van het flexibele stelsel is de verplichting geïntroduceerd om boetes te verdubbelen bij recidive. Ook dit leidt tot meer maatwerk: partijen die meermaals dezelfde fout begaan krijgen een hogere boete dan partijen die niet recidiveren op hetzelfde feit.

De ervaring van de toezichthouders is dat de gegeven motivering in procedures door de rechter voldoende wordt geacht en het besluit op dat punt in stand wordt gelaten. De AFM en DNB brengen voorts naar voren dat de laatste stap (de draagkracht) vaak grote invloed heeft op de uiteindelijke boetehoogte.

Rechtspraak en literatuur

Over het algemeen volgt de rechter de overweging en motivering van de toezichthouders bij de boetehoogte. In een enkel geval matigt de rechter de boete (verder) vanwege verminderde ernst[31], de verwijtbaarheid[32], de draagkracht[33] of in het algemeen op grond van de evenredigheid.[34]

Conclusie en interpretatie

In lijn met de doelstellingen bij inwerkingtreding stelt het flexibele systeem de toezichthouders in staat om maatwerk te leveren bij het opleggen van boetes. Hoewel dit vooraf minder rechts-zekerheid biedt, leidt het in individuele gevallen wel tot meer proportionele en evenredige boetes. Het flexibele stelsel voldoet daarmee aan de verwachtingen.

4. Ervaringen met voordeelgerelateerde boete

Opgelegde boetes

Beide toezichthouders hebben in een klein aantal gevallen al gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een boete vast te stellen die afhankelijk is van de hoogte van het genoten voordeel. De AFM heeft twee voordeelgerelateerde boetes opgelegd aan partijen die flitskrediet verleenden zonder vergunning. In beide gevallen was het voordeel in ieder geval € 2 miljoen en is een boete van € 2 miljoen opgelegd.[35] DNB heeft één voordeelgerelateerde boete opgelegd vanwege schending van verplichtingen met betrekking tot een beheerste en integere inrichting van de bedrijfsvoering. De boete bedroeg eenmaal het door DNB berekende voordeel van € 21,6 miljoen vermeerderd met een bedrag van € 1,2 miljoen. Dit laatste bedrag betrof de hoogte van de boete die op grond van de berekening volgens het categoriesysteem voor de overtredingen zou zijn opgelegd.[36]

De maximale boete van tweemaal het behaalde voordeel is tot nu toe nog niet opgelegd.

[31] Bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454.
[32] Bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231, College van beroep voor het bedrijfsleven, 20 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:49.
[33] Bijvoorbeeld College van beroep voor het bedrijfsleven, 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, Rechtbank Rotterdam, 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298.
[34] Bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454, Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231.
[35] AFM – Friendly Finance B.V. 12 juli 2013, na een ongegrond verklaard beroep heeft Friendly Finance op 22 mei 2015 hoger beroep ingesteld https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/jan/boete-friendly-finance en AFM – Your Finance B.V., 31 december 2012 https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2014/mrt/boete-your-finance.
[36] Rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635.

Ervaringen toezichthouders met voordeelgerelateerde boete

De toezichthouders hebben aangegeven dat het meestal niet komt tot een voordeelgerelateerde boete, omdat het behaalde voordeel moeilijk is vast te stellen. Ook speelt mee dat pas bij een voordeel vanaf € 2 miljoen de boete kan worden vastgesteld op het dubbele van het behaalde voordeel. In veel gevallen is daarvan geen sprake.

Omdat het voordeel vaak moeilijk te kwantificeren is, zijn de toezichthouders positief over de bevoegdheid om te kiezen voor het voordeel als grondslag voor de boete, zonder dat zij verplicht zijn die grondslag te gebruiken. Wel vinden de toezichthouders het voordeel een goede en bruikbare grondslag in de gevallen waarin het voordeel goed is vast te stellen. Dit levert een passende boete op die aansluit bij het uitgangspunt dat overtreding niet mag lonen. Dit maakt van de voordeelgerelateerde boete een waardevolle aanvulling op het bestaande instrumentarium. De AFM en DNB wegen het behaalde voordeel ook mee wanneer dit voordeel niet eenvoudig exact is vast te stellen of wanneer dit lager is dan € 2 miljoen. Het is dan één van de aspecten die meeweegt bij de beoordeling van de ernst van de overtreding. De AFM hanteert het uitgangspunt dat de opgelegde boete nooit lager is dan het behaalde voordeel, voor zover dat is te vast te stellen. Of en hoe (eenvoudig) dit kan, hangt af van de aard van de overtreding en leidt in voorkomend geval tot de inzet van meer toezichtcapaciteit.

Rechtspraak en literatuur

Tegen de voordeelgerelateerde boetes die de AFM en DNB hebben opgelegd is in alle gevallen beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank heeft hierbij in alle gevallen de wijze waarop het voordeel was berekend in stand gelaten.[37]

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 31 juli 2015 over de voordeelgerelateerde boete die is opgelegd door DNB heeft de rechtbank geoordeeld dat de overtreder de berekening van DNB met een objectief oordeel van een deskundige had moeten betwisten, gezien de aanwezige expertise bij DNB. Hoewel hier in de vakliteratuur enkele publicaties over zijn verschenen[38] – waarin onder meer de vraag is gesteld of het causaal verband tussen de overtreding en het voordeel wel voldoende is onderbouwd, en of de wijze waarop de rechtbank het bewijs van het verkregen voordeel beoordeelt wel juist is[39] – is de voordeelsberekening door DNB volledig in stand gebleven. In de zaken van de AFM bleef de voordeelsberekening door de AFM ook volledig in stand.

[37] Rechtbank Rotterdam 23 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2771 (AFM), Rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635 (DNB), Rechtbank Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759 (AFM)

[38] Zie onder meer R.J. de Doelder en A.G. Mein, «De zaak–Delta Lloyd: consequenties voor compliance», *Tijdschrift voor compliance* november 2015, p. 244–249, C.W.M. Lieverse, annotatie bij Rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635, *Ondernemingsrecht* 2015/118 en J.A. Voerman, annotatie bij rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL-:RBROT:2015:5635, *Jurisprudentie Onderneming & Recht* 2015/268.

[39] Zie C.W.M. Lieverse, annotatie bij Rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL-:RBROT:2015:5635, *Ondernemingsrecht* 2015/118 en J.A. Voerman, annotatie bij echtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635,*Jurisprudentie Onderneming & Recht* 2015/268.

Conclusie en interpretatie

Uit het voorgaande volgt dat de voordeelgerelateerde boete tot op heden relatief weinig is gebruikt. Toch wordt de mogelijkheid als positief gewaardeerd, omdat het zorgt voor het kunnen opleggen van een passende boete.

Tijdens de parlementaire behandeling van de wijzigingen in het boetestelsel is aan de orde geweest dat het vaststellen van het voordeel wellicht moeilijk zal zijn. Aanvankelijk was daarom voorgesteld om de voordeelgerelateerde boete alleen mogelijk te maken bij overtredingen op het gebied van marktmisbruik. Bij die overtredingen zou het voordeel vaak aanzienlijk zijn en tegelijkertijd relatief eenvoudig vast te stellen. Deze beperking is na een amendement vervallen.[40] Dat het voordeel dat met een overtreding is behaald, moeilijk is vast te stellen, blijkt in de praktijk inderdaad een remmende werking te hebben op het inzetten van de bevoegdheid. Geen van de voordeelgerelateerde boetes is opgelegd wegens marktmisbruik. Dit kan betekenen dat het voordeel ook in het geval van marktmisbruik minder goed vast te stellen is dan vooraf is verwacht.

Al met al is de mogelijkheid tot het opleggen van een voordeelgerelateerde boete in specifieke situaties een bruikbare aanvulling op het bestaande instrumentarium van de toezichthouders.

[40] Kamerstukken II, 2008/09, 31 458, nr. 16.